

La théorie de l'imprévision du projet d'ordonnance portant réforme du Code civil

La théorie de l'imprévision, d'ores et déjà utilisée en droit administratif, devrait être intégrée dans le Code civil avec le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Ainsi, le nouvel article 1196 devrait consacrer la théorie de l'imprévision au sein de contrats de droit privé, et se détacher d'une longue tradition doctrinale.



Par Maud Manon,
associée debt
finance,

L'imprévision peut se définir comme un bouleversement imprévisible des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat.

Depuis quelques années, des mécanismes contractuels sont couramment négociés par les parties dans les contrats d'affaires avec pour objectif l'anticipation des incertitudes pouvant entourer le contrat. Ces mécanismes comme notamment les hardship ou MAC sont conçus comme des remèdes aux difficultés à élaborer des prévisions dans un environnement économique par nature changeant. Aussi est-il intéressant de mesurer l'impact de l'article 1196 en projet sur ces mécanismes contractuels.

1. L'imprévision : de la théorie à l'inscription dans le projet d'ordonnance

Retour sur l'origine de la théorie de l'imprévision

La théorie de l'imprévision est fondée sur la nécessité d'assurer la continuité de la satisfaction des besoins publics¹. Bien que la théorie de l'imprévision se fonde sur le principe de continuité des services publics, elle a aussi vocation à s'appliquer aux marchés publics et plus spécifiquement à garantir le bon accomplissement des contrats ayant une période d'exécution s'étalant sur une longue période. Cette théorie, bien ancrée dans le paysage du droit public français, n'est cependant pas admise en droit privé, la Cour de cassation refusant la révision pour imprévision par le juge depuis le fameux arrêt Canal de Craponne.

En effet, la Cour de cassation a toujours refusé d'octroyer au juge le pouvoir de révision pour imprévision. Celle-ci avait affirmé qu'il «n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants».

Différenciation entre la théorie de l'imprévision et la force majeure

Il est important de distinguer l'imprévision de la force majeure, visée à l'article 1147 du Code civil. En effet, bien que les deux situations soient le fruit d'événements imprévus et imprévisibles, la force majeure permet d'exonérer le cocontractant de toute responsabilité lorsque

l'événement pouvant être qualifié comme tel est de cause étrangère et ne peut être imputé à une personne ou à un groupe de personnes déterminé.

Dans le cas de l'imprévision, l'exécution de l'obligation n'est pas rendue impossible par l'événement, mais simplement extrêmement difficile ou onéreuse. Quatre conditions doivent être donc réunies : (a) il doit s'agir de faits exceptionnels ou anormaux extérieurs à la volonté des parties, (b) les faits doivent être imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, (c) l'événement doit engendrer un bouleversement de la situation financière ou économique du cocontractant et (d) ce bouleversement doit être temporaire. L'état d'imprévision, se caractérisant par un aléa économique, ne délivre pas le cocontractant de ses obligations, contrairement à la force majeure.

La théorie de l'imprévision et la rescision pour lésion

Traditionnellement, la lésion est définie comme le déséquilibre, existant au moment de la conclusion du contrat, engendré par un défaut d'équivalence économique. Ainsi, la lésion se traduit par une inégalité entre les prestations respectives des cocontractants. Elle se distingue de l'imprévision qui se réfère à un déséquilibre économique dû à un ou plusieurs événements imprévisibles et indépendants de la volonté ou du comportement des parties, survenant après la signature du contrat, et modifiant l'équilibre contractuel. De plus, l'article 1118 dispose que la rescision pour lésion ne peut être invoquée que dans certains cas et/ou à l'égard de certaines personnes.

Le nouveau régime instauré par l'ordonnance

Le nouvel article 1196, introduit par le projet d'ordonnance réformant le droit des contrats, dispose : «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.»

¹. CE, 30 mars 1916, Cie générale éclairage Bordeaux.

Le mécanisme du projet s'articule ainsi : (i) le cocontractant qui, en cas de survenance d'un événement étranger affectant de façon significative le contrat, estime que l'exécution de ce contrat est pour lui excessivement onéreuse peut demander la renégociation dudit contrat dans le cas uniquement où il n'aurait pas assumé un tel risque lors de la conclusion du contrat, et (ii) dans le cas d'un refus de renégocier ou d'un échec des négociations, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

L'article autoriserait donc le juge à mettre fin au contrat dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse pour le débiteur en raison d'un changement imprévisible des circonstances non assumé dès le départ comme risque possible. Ce qui est symbolique d'une évolution profonde du droit français et de la soumission de la force obligatoire du contrat à une modération judiciaire dans certaines circonstances.

Quels peuvent être ses impacts sur les pratiques actuelles d'ingénierie contractuelle ?

2. Imprévision et ingénierie contractuelle des transactions en droit des affaires

Retour sur la pratique des clauses de type hardship, MAC clause, circonstances nouvelles ou gross-up

Il existe des notions dans les contrats d'affaires permettant de s'assurer que les conséquences négatives sur l'une ou l'autre des parties que peut avoir la survenance d'événements particuliers sont un risque assumé et conscient pour la partie concernée au moment de la conclusion même du contrat. Il s'agit typiquement des clauses/notions de : hardship, MAC, circonstances nouvelles, gross-up...

La clause de hardship suppose la renégociation du contrat lorsqu'un élément étranger et imprévisible rend l'exécution des obligations contractuelles excessivement onéreuse pour une des parties. Le rapport Catala, dans son article 1135-1, préconisait déjà l'insertion d'une telle clause dans les conventions. La MAC clause permet à son bénéficiaire, s'il souhaite la faire jouer, de se libérer de ses engagements contractuels ou de mettre un terme à la relation contractuelle. Elle peut se retrouver dans des contrats d'acquisition, des contrats de financement, ou encore dans les garanties de passif/actif accompagnant les contrats de cession d'actions. Son objectif est de protéger l'acquéreur (dans le cas des fusions-acquisitions) ou le bailleur de fonds (dans le cadre d'un contrat de financement) contre la survenance de changements défavorables significatifs.

Dans un contrat de crédits, la survenance d'un Material Adverse Change (ou Material Adverse Effect) est constitutive d'un cas de défaut, lequel déclenche notamment et usuellement (i) la faculté pour les prêteurs (devant décider classiquement à la majorité des deux tiers) de décider ou non l'accélération de la dette (i.e la rendre exigible, en tout

ou partie), (ii) un rehaussement de la marge aussi longtemps que le cas de défaut demeure et (iii) la faculté pour les prêteurs de refuser la mise à disposition d'un tirage.

Dans un contrat d'acquisition, la survenance d'un Material Adverse Change (ou Material Adverse Effect) donne la faculté à l'acquéreur potentiel, dans les conditions prévues au contrat, de ne pas procéder à la réalisation de l'acquisition projetée.

Enfin, on peut citer comme exemple symptomatique de la prise en compte dans la réalité de la vie des affaires des incidences économiques négatives que peut avoir la survenance d'événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat, les clauses sur les circonstances nouvelles et sur le gross-up figurant de façon très habituelle, voire systématique, dans les contrats de financement. De façon schématique, ces clauses organisent les conséquences pour l'emprunteur en termes de coût global (retenue à la source, coûts additionnels...) de l'impact économique négatif pour l'emprunteur que pourraient avoir de nouvelles règles applicables au type de financement en question ou à l'identité de ses prêteurs. Ces clauses organisent ainsi dès la conclusion du contrat l'accord des parties sur les conditions et limites dans lesquelles l'emprunteur pourra ou non être habilité à supporter ou non le surcoût induit par des changements qui s'imposeront peut-être à son opération, ces clauses organisant en effet que dans certains cas, et si aucune autre solution n'a été trouvée, en bonne intelligence de part et d'autre, il sera possible à l'emprunteur de rembourser ou de (faire) remplacer un de ses prêteurs afin de mettre un terme au surcoût induit par la survenance de certains événements.

L'intention derrière ces clauses... leur articulation avec l'article 1196

Les praticiens ont donc depuis longtemps organisé de façon habituelle et récurrente certains mécanismes contractuels afin que les cocontractants aient, au moment de la conclusion de leur accord, mesuré et acté le risque que peut avoir sur l'équilibre initial du contrat la survenance de certains événements hors de leur contrôle ou volonté.

Puisque la disposition ne paraît pas d'ordre public, il semblerait possible pour les parties d'exclure expressément l'application de l'article 1196 de leur convention et de laisser intacts ces mécanismes contractuels, bien connus de la pratique des affaires.

Aussi, dans ces conditions, si ce nouvel article devait en fine être entériné en sa proposition de rédaction actuelle, il n'est pas évident à ce jour que cela aboutisse à un bouleversement réel dans les relations contractuelles entre deux parties professionnelles. Force est de constater que cela fait longtemps que l'imprévision a fait l'objet de mécanismes contractuels dont l'objectif est justement d'arnager les conséquences possibles de sa survenance. ■



et Isabelle Eid,
counsel,
DLA Piper